

RISPOSTE QUESITI 03 LUGLIO 2024

QUESITO 1

CAPITOLATO

Art.1

Si segnala che nel rispetto della privacy e della riservatezza dei dati personali dei lavoratori somministrati e in applicazione della relativa disciplina, l'Agenzia, con riferimento alla posizione penale propria di ciascun lavoratore somministrato, è legittimata a richiedere la relativa autocertificazione solo ove sussista espressa prescrizione normativa o regolamentare e, laddove esista, solo con riferimento alle fattispecie penali strettamente connesse alle mansioni che saranno svolte dal lavoratore e al contesto professionale in cui si troverà ad operare. Alla luce di tale premessa si chiede se Codesta Stazione appaltante intenda porre in capo all'Apl la richiesta ai lavoratori somministrati dei casellari giudiziari/carichi pendenti o autocertificazioni.

RISPOSTA 1

Nel rispetto della normativa comunitaria da voi citata, le verifiche sui dati relativi a condanne penali e/o carichi pendenti possono essere effettuate esclusivamente a fronte di un obbligo di legge, come è quello previsto dal citato d.lgs. n.39/14.

Ai sensi della circolare del Ministero del Lavoro dell'11 aprile 2014, alla verifica del rispetto di quanto previsto dal dlgs 39/14 provvedono *“le agenzie di somministrazione qualora dal contratto di fornitura risulti evidente l'impiego del lavoratore nelle attività in questione [di contatto diretto e regolare con minori]”*.

QUESITO 2

Posto che il lavoratore, ai sensi dell'art. 34, co. 3, del D.Lgs. n. 81/2015 ss.mm.ii è computato nell'organico dell'Utilizzatore ai fini della applicazione della normativa in materia d'igiene e sicurezza sul lavoro e che, ai sensi dell'art. 35, comma 4 d. lgs. 81/2015 ss.mm.ii, tutti gli obblighi in materia di prevenzione e protezione sono in capo all'utilizzatore, ne deriva che la formazione sui rischi specifici e l'addestramento non possano che essere posti in capo all'azienda utilizzatrice. L'addestramento, inteso come complesso delle attività volte a garantire l'apprendimento da parte dei lavoratori somministrati dell'utilizzo corretto – a seconda delle attività affidate - di attrezzature, impianti, sostanze, dispositivi “viene effettuato da persona esperta e sul luogo di lavoro” (art. 37 co. 5 D.lgs. 81/08 ss.mm.ii). La ratio della norma è duplice: sotto un primo profilo garantire un addestramento idoneo che, nell'ambito della somministrazione, non può che realizzarsi a cura del datore di lavoro sostanziale (rectius utilizzatore) che eterodirige la prestazione di lavoro ed adotta il documento di valutazione dei rischi relativo ai luoghi di lavoro ove è svolta la prestazione lavorativa; sotto altro profilo garantire che l'addestramento sia efficace e, dunque, atto a prevenire eventi infortunistici o malattie professionali. Alla luce di tale premessa, si chiede conferma che solo l'informazione e la formazione in materia di sicurezza con riferimento al solo “modulo generale” sarà posta in capo all'aggiudicatario.

RISPOSTA 2

L'Amministrazione, come indicato dall'articolo 5 del capitolato, osserverà nei confronti del prestatore di lavoro tutti gli obblighi di prevenzione, protezione, informazione e formazione, connessi alla specifica attività lavorativa, presso le proprie strutture, in conformità a quanto previsto dal D.Lgs. n. 81/2008, nonché nel rispetto del documento di valutazione dei rischi riferito ai luoghi di lavoro e alle mansioni lavorative svolte. Esclusivamente ai fini dell'applicazione della normativa in materia di igiene, sicurezza, prevenzione e protezione sul luogo di lavoro, ai sensi del D. Lgs. n. 81/2008, i lavoratori somministrati sono equiparati ai dipendenti dell'Amministrazione, per cui l'aggiudicatario dovrà garantire solo l'informazione e la formazione in materia di sicurezza con riferimento al solo “modulo generale”.

QUESITO 3

CAPITOLATO Art.2 c.7

L'Agenzia potrà fornire, nel rispetto della normativa sulla privacy e con oscurati i dati sensibili, copia delle buste paga dei lavoratori somministrati nonché prova dell'avvenuto pagamento del dovuto mediante autocertificazione al fine di accertare la regolarità dell'inquadramento, della retribuzione e della contribuzione versata.

RISPOSTA 3

Come indicato dal capitolato di gara l'aggiudicatario dovrà fornire, su richiesta dell'Amministrazione, un prospetto di quantificazione dei costi rapportati alla durata del contratto, evidenziandone ogni voce e il corrispettivo al netto dell'IVA e copia delle buste paga dei lavoratori somministrati e dei versamenti degli oneri contributivi al fine di accertare la regolarità dell'inquadramento, della relativa retribuzione e della contribuzione versata. Eventuali dati eccedenti tali fini dovranno essere dall'aggiudicatario oscurati.

QUESITO 4

CAPITOLATO Art.2 c.10

La sorveglianza sanitaria” di cui all’art. 41 D.Lgs. 81/08 ss.mm.ii in quanto onere di natura preventiva, ai sensi di legge, grava sull’utilizzatore (art. 35 comma 4 del D.lgs. 81/2015 ss.mm.ii) e comprende: “a) visita medica preventiva intesa a constatare l’assenza di controindicazioni al lavoro cui il lavoratore è destinato al fine di valutare la sua idoneità alla mansione specifica; b) visita medica periodica per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica. La periodicità di tali accertamenti, qualora non prevista dalla relativa normativa, viene stabilita, di norma, in una volta l’anno. Tale periodicità può assumere cadenza diversa, stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio. L’organo di vigilanza, con provvedimento motivato, può disporre contenuti e periodicità della sorveglianza sanitaria differenti rispetto a quelli indicati dal medico competente; c) visita medica su richiesta del lavoratore, qualora sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi professionali o alle sue condizioni di salute, suscettibili di peggioramento a causa dell’attività lavorativa svolta, al fine di esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica; d) visita medica in occasione del cambio della mansione onde verificare l’idoneità alla mansione specifica; e) visita medica alla cessazione del rapporto di lavoro nei casi previsti dalla normativa vigente. e-bis) visita medica preventiva in fase pre assuntiva; e-ter) visita medica precedente alla ripresa del lavoro, a seguito di assenza per motivi di salute di durata superiore ai sessanta giorni continuativi, al fine di verificare l’idoneità alla mansione.” Per quanto sopra, si ribadisce che dal combinato disposto del citato art. 35 comma 4 D.lgs. 81/2015 ss.mm.ii. e art. 41 del D.lgs. 81/2008 ss.m.ii. non può che desumersi l’onere – di legge, non delegabile – in capo all’azienda utilizzatrice circa l’assolvimento delle visite mediche concernenti l’assolvimento degli obblighi in materia di sorveglianza sanitaria.

RISPOSTA 4

Con riferimento ai costi relativi alla sorveglianza sanitaria, si evidenzia che la preselezione è finalizzata esclusivamente alla verifica di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, pertanto si conferma che la disposizione presente nei documenti di gara risulta compatibile con quanto previsto all’art. 10 comma 1 del D.Lgs 276/03.

Si precisa, inoltre, che oggetto del procedimento è un appalto di servizi che ha come oggetto prevalente il servizio di somministrazione di personale, ma include anche servizi accessori come descritti dall'art. 2 del Capitolato, quali, ad esempio, la predisposizione di una long list di idonei, oltre alla sorveglianza sanitaria.

Tali costi andranno imputati in quota parte su ciascuna ora di messa a disposizione di personale, sulla base di quantificazione che dovrà essere fatta dall’operatore economico in sede di offerta in considerazione del proprio piano di gestione del personale.

Sul piano operativo, l'art. 2 comma 10 del capitolato prevede che l'agenzia "provvede alle spese relative alla sorveglianza sanitaria di cui al D. Lgs 81/2008 e s.m.i raccordandosi con la stazione appaltante"

QUESITO 5

CAPITOLATO Art. 8

Si chiede conferma che la Stazione appaltante applicherà la disciplina di settore secondo cui sussiste in capo all'utilizzatore, con riferimento ai lavoratori somministrati, l'obbligo di adottare tutte le specifiche misure di tutela e protezione in materia di salute e sicurezza ivi compreso l'obbligo di sorveglianza sanitaria secondo il combinato disposto del citato art. 35 comma 4 D.lgs. 81/2015 ss.mm.ii. e art. 41 del D.lgs. 81/2008 ss.mm.ii. nonché l'obbligo di informare e formare i lavoratori sui rischi specifici dotandoli anche dei dispositivi di protezione individuali in quanto il lavoratore somministrato è equiparato, a tutti gli effetti, ai lavoratori dipendenti. Sarà, di conseguenza, l'utilizzatore a rispondere della violazione degli obblighi di sicurezza e tutela sul luogo di lavoro, atteso che solo a quest'ultimo soggetto compete un effettivo controllo dei lavoratori somministrati nonché l'onere di osservare le disposizioni in materia di sicurezza, tutela della salute e prevenzione degli infortuni. Saranno a carico del somministratore aggiudicatario solo ed esclusivamente gli obblighi di informazione e formazione pre assuntiva sulla sicurezza, parte generale, restando in capo all'Utilizzatore tutti gli obblighi di informazione, formazione sicurezza, parte speciale, addestramento e sorveglianza sanitaria e tutte le relative responsabilità.

RISPOSTA 5

Si rinvia alla risposta al quesito 2. Non sono previsti costi per i DPI. In caso di necessità, saranno messi a disposizione dalla stazione appaltante.

QUESITO 6

CAPITOLATO Art.10

Si segnala - come precisato anche dall'ANAC nel recente parere (delibera n. 73 del 17 gennaio 2024) - la penale applicabile nell'ambito dei contratti pubblici è ESCLUSIVAMENTE quella legata al ritardo nell'esecuzione della prestazione secondo quanto espressamente previsto dall'art. 126 del d.lgs. n. 36/2023. Come noto, infatti, il primo comma della norma citata dispone che: "I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o delle prestazioni contrattuali. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale". L'Autorità - dopo un confronto tra l'art. 126 del Codice dei contratti pubblici e l'art. 1382 c.c. (che disciplina la penale in ambito civilistico estendendone l'applicazione anche all'inadempimento) - ribadisce che nella contrattualistica pubblica ai fini dell'inserimento della clausola penale rileva solo il ritardato adempimento precisando che "se il legislatore avesse inteso estendere la disciplina delle penali anche ad ipotesi non contemplate, avrebbe, quantomeno, contemplato l'ipotesi di inadempimento prevista nel Codice civile." Alla luce di quanto sopra rappresentato si chiede di voler allineare la lex specialis a quanto prescritto dal Codice dei contratti pubblici.

RISPOSTA 6

In relazione al presente quesito, si richiama in primo luogo ulteriore estratto della delibera ANAC da voi citata.

Il connotato essenziale della clausola penale sia nei contratti pubblici, sia nel Codice civile riguardante tutti i contratti, sia rappresentato dall'inadempimento, essendo legata, la prima, al ritardo nell'esecuzione della prestazione contrattuale, mentre la norma civilistica fa menzione, in senso più ampio, all'inadempimento o ritardo nell'adempimento.

L'inadempimento, la cui nozione è da mutuare dal Codice civile, si configura qualora la prestazione non venga eseguita o eseguita in modo inesatto.

La penale, dunque, non è configurabile qualora sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile all'obbligato, costituendo, in tale ultima ipotesi, una condizione o clausola atipica che può essere introdotta dall'autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale. In tal senso si esprime la giurisprudenza civile che in applicazione di tale principio ha escluso che fosse qualificabile come clausola penale la previsione, inserita in un contratto di "leasing" concernente una autovettura, con la quale al concedente era riconosciuto il diritto ad un indennizzo nel caso di furto o perdita del veicolo (Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 13956 del 23 maggio 2019).

L'applicazione di penali, dunque, non può essere svincolata dall'inesatta esecuzione della prestazione, che, si ritiene, non possa ritenersi configurata nell'ipotesi di specie, ovvero di aumento del costo dell'opera rispetto al budget preventivamente stimato dall'amministrazione.

L'articolo 10 del capitolato fa riferimento a penali per ritardo, richiamandosi alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, e a inadempimento per difformità, mutuata dalle disposizione del Codice civile. Pertanto il capitolato si conferma nei contenuti, in quanto i comportamenti descritti non sono addebitabili a caso fortuito, ma a inesatto adempimento.

QUESITO 7

CAPITOLATO Art.12

Si chiede in caso di risoluzione/recesso/conclusione anticipata del rapporto contrattuale per cause differenti dalla giusta causa di voler garantire – in conformità con la normativa che disciplina la somministrazione lavoro – il diritto dei lavoratori a portare a termine i contratti individuali fino alla naturale scadenza (art. 45 CCNL Agenzie per il lavoro) e, dunque, il diritto del lavoratore di essere comunque retribuito sino alla scadenza naturale del contratto, con conseguente onere del Committente-utilizzatore di rimborso dei costi sostenuti dall'Agenzia (art 33 c. 2 D. Lgs. 81/15).

RISPOSTA 7

Si conferma quanto da voi richiesto.

QUESITO 8

Art.14

Si chiede a quanto ammontano le spese a carico dell'aggiudicatario.

RISPOSTA 8

Come indicato all'articolo 14 del capitolato il costo relativo alle spese è stabilito dall'Allegato I.4 del Codice. In considerazione del valore dell'accordo quadro l'importo è pari ad € 120. Il contratto è soggetto a registrazione solo in caso d'uso, con relative eventuali spese.

QUESITO 9

Con riferimento ai costi indicati nell'allegato C si evidenzia che: - l'IRAP che è a totale carico del Comune in quanto il costo del lavoro "incide" sul soggetto passivo presso il quale viene effettivamente svolta la prestazione lavorativa che concorre alla realizzazione del valore della produzione - il costo indicato è sottostimato in quanto non comprende tutte le voci che le APL devono considerare (es. Ebitemp, firmatemp etc), e forse anche i ratei di ferie che si chiede se possano quindi essere fatturati a parte.

RISPOSTA 9

Come indicato nell'articolo 6 della lettera di invito, il costo orario allegato (allegato C) rappresenta il costo sostenuto dall'Amministrazione per l'assunzione del personale a tempo determinato. Le agenzie che manifesteranno interesse e presenteranno l'offerta nella fase negoziata potranno tenerne conto come elemento per il dettaglio del costo, oltre ai costi ulteriori propri delle agenzie di somministrazione. Il prospetto, pertanto, è da intendersi come indicativo ai fini della presentazione del dettaglio economico, che la stazione appaltante valuterà in termini di congruità, dato atto che la comparazione in fase di procedura negoziata avverrà solo tenendo conto del ribasso sul prezzo posto a base di gara, pari a € 1,80 l'ora.

Per quanto riguarda i ratei di ferie, dovranno essere quantificati nel dettaglio economico.

Nel caso in cui parte delle ferie maturate non possano essere usufruite per motivi di servizio, si provvederà alla liquidazione separata, secondo quanto previsto dall'art. 3 del capitolato.

La Responsabile di Progetto
Simona Boboli